

الفصل الثاني

في حُكْمِ شَرْطِ الضمان في البيع

وفيه أربع مسائل :

المسألة الأولى : البيع بشرط الضمين.

المسألة الثانية : إذا شرط المشتري على البائع ضماناً بالعُهدة.

المسألة الثالثة : إذا لم يشترط المشتري على البائع كفيلاً بالعُهدة حالة العقد.

المسألة الرابعة : إذا أراد من عليه الدَّيْن السَّفَر.

الفصل الثاني

في حكم شرط الضمان في البيع

وفيه أربع مسائل:

[١١١] [المسألة الأولى] : [البيع بشرط الضمين] :

إذا باع (من إنسان شيئاً)^(١) ، وشرط البائع على المشتري ضماناً بالثمن^(٢) ، فالشرط صحيح^(٣) ؛ لأن الضمان نوع وثيقة فيه^(٤) ، فهو كالرهن كالرهن سواء . وقد ذكرنا أن شرط الرهن في البيع جائز .

فروع أربعة :

- (١) في (م) : إحداها .
- (٢) في (م) : شيئاً من إنسان .
- (٣) في (م) : الثمن .
- (٤) قال العمراني - رحمه الله - في البيان (٣١٢/٦) : «وإن باع رجل من غيره عبداً بثمن في ذمته، بشرط أن يضمن له بالثمن ضامن معين، صح البيع والشرط؛ لأن الحاجة تدعو إلى شرط الضمين في عقد البيع».
- انظر : المذهب ٣٤٠/١ ، بحر المذهب ٧٩/٨ ، مغني المحتاج ٢٠٣/٣ ، تكملة المجموع ، للمطيعي ١٢٩/١٣ .
- (٥) ساقط من : (م) .

[١١٢] [الفرع الأول^(١)] : [اشتراط البائع على المشتري ضامناً معلوماً]

الشرط / أن يكون المشروط ضمانه معلوماً ، (كما لو شرط أن يكون [م/٢١] الرهن معلوماً)^(٢) ، فإن شرط ضامناً مجهولاً لا يصح^(٣).

[١١٣] [الفرع الثاني] : [لا يثبت الضمان في حقّ الضامن بشرط البائع

له] :

إذا شرط ضامناً معلوماً، فلا يثبت الضمان في حقّ ذلك الإنسان بشرطه ؛ لأنه (ليس في قدرة أحد)^(٤) إلزام^(٥) ذمة الغير مالا من غير ولاية^(٦) ولا نيابة نيابة ، بل هو^(٧) موقوف على التزامه وضمّانه ، إلا أنه إذا امتنع يثبت للبائع الخيار ، كما لو^(٨) شرط رهناً وامتنع من تسليمه أو تعذّر تسليمه ، يثبت للبائع

(١) X في (م) : أحدها .

(٢) X ساقط من : (ج) .

(٣) قال الإمام الشيرازي - رحمه الله - في المذهب (٣٤٠/١) : « وإن باعه بشرط أن يضمن الثمن ضامن ، لم يجز حتى يعين الضامن ؛ لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن ، كما يختلف باختلاف ما يرهّن من الرهون » .

وانظر : البيان ٣١٢/٦ ، تكملة المجموع ، للمطيعي ١٢٩/١٣ .

(٤) X ساقط من : (م) .

(٥) X في (م) : التزم .

(٦) X ساقط من : (م) .

(٧) X ساقط من : (ج) .

(٨) X في (م) : إذا .

للبائع الخيار^(١).

[١١٤] [الفرع] الثالث : [إذا امتنع المشروط ضمانه من الضمان، فلا

يسقط خيار البائع]:

إذا امتنع المشروط ضمانه من الضمان ، فقال المشتري : أنا أعطيك
ضامناً آخر ، لا يسقط خياره ، كما لو هلك الرهن المشروط وأتاه^(٢) برهن
آخر.^(٣)

[١١٥] [الفرع] الرابع : [إذا امتنع الضامن من الضمان، فلا خيار

(١) قال العمراني - رحمه الله - في البيان (٣١٢/٦): «فإن لم يضمن له الضمين المعين، ثبت
للبائع الخيار في فسخ البيع؛ لأنه إنما دخل في البيع بهذا الشرط».
قال الشيرازي - رحمه الله - في المهذب (٣٤٠/١): «فإن لم يف له بما شرط من الضمين
ثبت للبائع الخيار؛ لأنه دخل في العقد بشرط الوثيقة، ولم يسلم له الشرط، فثبت له الخيار،
كما لو شرط له رهناً ولم يف له بالرهن».
وانظر : تكملة المجموع، للمطيعي ١٢٩/١٣.

(٢) في (م) : فأتاه .

(٣) قال العمراني - رحمه الله - في البيان (٣١٢/٦): «وإن أتاه المشتري بضمين غير الضمين
المعين، لم يلزم البائع قبوله، بل يثبت له الخيار، وإن كان الذي جاء به أملاً من المعين؛
لأنه قد يكون له غرض في ضمان المعين».
وانظر : المهذب ٣٤٠/١، تكملة المجموع ١٢٩/١٣.

للمشتري]:

(إذا شرط البائع ضامناً بالثمن على المشتري)^(١) ، وامتنع^(٢) الضامن من الضمان ، لا^(٣) خيار للمشتري عندنا^(٤) ، **حُكِيَ عَنْ مَالِكٍ** أنه قال : له الخيار^(٥) ؛ لأن له في ذلك نوع رفق ، وهو أن لا يكون المشتري متعيناً للمطالبة ، ولا يفسخ عليه العقد إن أفلس بالثمن ؛ لقدرته على استيفاء الحق من الضامن^(٦) .

ودليلنا : أنه لو باع بشرط أن يرهن عنده بعض أعيان أمواله^(٧) ، فهلك ذلك المال ، لا خيار له .

ولا يقال : إن المشتري إنما دخل في العقد اعتماداً على ذلك المال (ليقضي الثمن منه)^(٨) ، فإذا^(٩) هلك يثبت له الخيار ، فكذا^(١٠) هاهنا .

(١) X في (ج) : إذا شرط البائع على المشتري ضامناً آخر .

(٢) X في (م) : فامتنع .

(٣) X في (م) : لأن .

(٤) ✓ انظر : المهذب ١/٣٤١ ، التهذيب ٤/١٨٢ ، البيان ٦/٣١٢ - ٣١٣ .

(٥) ✓ انظر : حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٤٣٨ - ٤٣٩ .

(٦) X في (ج) : الضمان .

(٧) X في (م) : ماله .

(٨) X في (م) : ليقضي منه الثمن .

(٩) X في (ج) : وإذا .

(١٠) X في (ج) : كذا .

فإن قيل : كيف يُشَبَّه الضمان بالرهن ، وتسليم الرهن (مقدور عليه)^(١) ،
(والضمان^(٢)) / ليس في قدرته ، بل هو موقوف على اختياره^(٣) غيره^(٤) ؟ [٢٠/أ/ج]
فيكون نظيره إن شرط^(٥) في البيع أن يرهن فلان ماله بالثمن ، لا يصح الشرط
(٦) .

قلنا : وإن كان الضمان موقوفاً على اختيار الغير ، إلا أنه لا يشترط
ضمانه إلا بعد المواطأة معه على ذلك ، والظاهر^(٧) أنه يفي به بعد الوعد ،
فيكون المشتري / (بعد ذلك)^(٨) بحكم وعده كالقادر عليه ، ويخالف ما لو [٢١/ب/م]
شرط أن يرهن فلان ماله بالثمن ، لا يصح العقد ؛ لأنه يقدر أن يرهن مال

(١) X في (م) : مقدر عليه .

(٢) X في (م) : فأما الضمان .

(٣) ✓ في (م) : اختيار .

(٤) ✓ هذه العبارة مثبتة في النسختين (ج) و (م) ، ولكنها تكررت في (م) بلفظ : " فأما
الضمان ليس في قدرته ، بل هو مقدور عليه " . وهي سابقة للعبارة المثبتة . وهذا خطأ ،
فكان من المناسب حذفها ، ليستقيم المعنى .

(٥) X في (ج) : يشترط .

(٦) قال الشيخ زكريا الأنصاري - رحمه الله - في أسنى المطالب (٢/٢٤٧) : « ولو شرط

الضامن في ابتداء الضمان أن يرهنه الأصيل شيئاً بما يضمنه ، أو يقيم له به ضامناً ، فسد
الضمان لفساد الشرط » .

انظر : المهذب ١/٣٤١ ، نهاية المحتاج ٤/٤٥٦ .

(٧) X في (م) : فالظاهر .

(٨) X ساقط من : (م) .

نفسه ، فلا تدعوا الحاجة إلى رهن مال غيره . وأما^(١) الضمان لا يكون إلا من جهة الغير ، فجوّزنا شرطه^(٢) اعتماداً على وعد الضامن ، كما جاز أن يشترط^(٣) يشترط^(٣) ماله رهناً^(٤) .

[١١٦] [المسألة] الثانية : [إذا شرط المشتري على البائع ضماناً بالعُهدة]:

إذا شرط المشتري على البائع ضماناً بالعُهدة ، وقلنا بظاهر المذهب^(٥) :
: إن ضمان العُهدة صحيح^(٦) ، يصح الشرط ؛ لأن التسوية بين المتعاقدين جائزة^(٧) ، فكما جاز للبائع أن يشترط على المشتري ضماناً توثيقاً بحقه ، يجوز للمشتري أن يشترط على البائع كفيلاً بالعُهدة (على سبيل التوثيق^(٨)) .

(١) X في (م) : فأما .

(٢) X في (م) : شرط .

(٣) X في (م) : يشترط .

(٤) انظر : المهذب ٤٣١/١ ، التهذيب ١٨٢/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٧/٢ ، نهاية المحتاج ٤٥٦/٤ .

(٥) على الجديد والقديم ، وهو الصحيح ، كما سبق بيانه في المسألة الأولى رقم (٩٤) ، صفحة (٣٨٣) .

(٦) X في (م) : صحيحة .

(٧) X في (م) : واجب .

(٨) ولأنه لما جاز ضمان الأصل ، جاز ضمان الوصف .

قال الشريبي - رحمه الله - في مغني المحتاج (٢٠٣/٣) : «ولا يختص ضمان الدرك بالثمن ،

[١١٧] [المسألة] الثالثة: [إذا لم يشترط المشتري على البائع كفيلاً بالعهد حالة العقد]:

إذا اشترى شيئاً من إنسان ، ولم يشترط على البائع كفيلاً بالعهد^(١) حالة العقد ، ليس^(٢) له أن يطالب بالكفيل بعد ذلك ، ولا فرق بين أن يكون البائع مقيماً أو غريباً ، ولا فرق بين أن يكون البائع^(٣) معروفاً أو مجهولاً^(٤).
(حُكِيَ عَنْ مَالِكٍ . رَحِمَهُ اللَّهُ . أَنَّهُ قَالَ : إِذَا كَانَ الْبَائِعُ غَرِيباً أَوْ مَجْهُولاً^(٥) ، لَهُ أَنْ يَطَالِبَهُ بِكَفِيلٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يُخْرَجَ مُسْتَحَقّاً^(٦) فَيَسْتَرَدَّ مِنْهُمْ بَعْدَ مَا غَابَ الْبَائِعُ ، فَيَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الرَّجُوعُ^(٧) .

بل يجري في المبيع، فيضمنه للبائع إن خرج الثمن المعين مُسْتَحَقّاً، أو أَخَذَ بِشَفْعَةٍ سَابِقَةٍ، أو مَعِيّاً، أو نَاقِصاً، إما لرداءته أو لنقص الصَّنْخَةِ».

وانظر : التهذيب ١٧٥/٤ - ١٧٦ ، البيان ٣١٢/٦ ، ٣٣٨ - ٣٤٠ ، فتح العزيز ٣٦٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٤٦/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٨/٢ ، تحفة المحتاج ٢٤٨/٥ ، نهاية المحتاج ٤٣٩/٤ - ٤٤٠ .

(١) X ساقط من : (ج) .

(٢) X في (ج) : وليس .

(٣) X ساقط من : (م) .

(٤) انظر : الحاوي الكبير ٤٤١/٦ ، المهذب ٣٤٢/١ ، التهذيب ١٧٥/٤ ، فتح العزيز

٣٦٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٤٦/٤ ، أسنى المطالب ٢٣٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٣/٣ .

(٥) X ساقط من : (م) .

(٦) X في (م) : مستحقاً .

(٧) X انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٣/٣ .

ودليلنا : أنه لم يشترط^(١) عليه كفيلاً^(٢) ، فلم (تكن عليه)^(٣) مطالبته به ؛ كما لو كان معروفاً ، وما ادعى من الضرر فليس بصحيح ؛ لأن وقت مراعاة النظر وقت العقد ، فإذا ترك ما فيه النظر حالة العقد ، لم يكن له تداركه بعد ذلك ؛ كما لو باع بشرط الأجل ، ثم خاف أن يتلف المشتري أمواله ، ليس له أن يطالبه برهن أو كفيل .

وعلى / هذا : لو اشترى جارية من إنسان ولم يشترط^(٤) عليه كفيلاً بالثمن [٢٠/ب/ج] بالثمن ، إن خرجت الجارية مُسْتَحَقَّةً ، أو^(٥) أُمٌّ وَلَدٌ ، (لم يكن)^(٦) له أن يطالبه بعد ذلك بالكفالة ؛ لأنه ترك النظر لنفسه.^(٧)

[١١٨] [المسألة] الرابعة : [إذا أراد من عليه الدَّيْن السَّفَر] :

إذا كان له على إنسان دَيْن حال ، وأراد^(٨) الذي عليه / الدَّيْن سفراً ، (لم [٢٢/أ/م]

(١) X في (م) : يشترط .

(٢) X في (ج) : كفالة .

(٣) X في (ج) : يكن له .

(٤) X في (م) : ولم يشترط .

(٥) X ساقط من : (م) .

(٦) X ساقط من : (م) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير ٤٤١/٦ ، المذهب ٣٤٢/١ ، أسنى المطالب ٢٣٨/٢ ، مغني المحتاج

٢٠٣/٣ .

(٨) X في (م) : فأراد .

(لم يكن له منعه من السفر)^(١) مقصوداً ، ولكن له أن يشغله بالمطالبة عن السفر^(٢) . وأما^(٣) إذا كان الدَّيْن مُؤَجَّلاً ، وأراد أن يسافر سفرراً الغالب منه الأمن والسلامة ، فليس لمن له الدَّيْن^(٤) منعه من السفر ، سواء كان الأجل قريباً (يحلُّ قبل أن يعود من سفره في العادة)^(٥) ، أو (كان الأجل)^(٦) بعيداً ، وليس له أن يطالبه بكفيل يضمن الدَّيْن حتى يطالبه عند حلول الأجل^(٧) .
حكي عن مالك - (رحمه الله) -^(٨) أنه قال : له المطالبة بالكفيل ؛ لأن عليه في سفره ضرراً ، وهو أن يحلَّ الأجل فلا يتمكَّن من المطالبة .^(٩)

-
- (١) X في (م) : فليس لمن عليه الدَّيْن أن يمنعه من السفر .
 (٢) وفي بيان حقيقة المنع من السفر ومقصوده ، قال الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (١٣٦/٤) : «قال أصحابنا: وليس هذا منعاً من السفر، كما يمنع عبده وزوجته السفر، بل يشغله عن السفر برفعه إلى مجلس القاضي، ومطالبته حتى يوفِّي». انظر : المهذب ٣٢٠/١ ، الوسيط ١٣/٤ ، البيان ١٣٢/٦ ، الغرر البهية ١٠٣/٣ .
 (٣) X في (م) : فأما .
 (٤) X في (ج) : عليه الحق .
 (٥) X ساقط من : (ج) .
 (٦) X ساقط من : (ج) .
 (٧) قطعاً ، ولا يُكَلِّفه الإشهاد على الصحيح ، فإن أراد السفر معه ليطالبه عند حلوله ، فله ذلك بشرط أن لا يلزمه ملازمة الرقيب ؛ لأن فيه إضراراً به . انظر : المهذب ٣١٩/١ ، الوسيط ١٣/٤ ، البيان ١٣١/٦ ، روضة الطالبين ١٣٦/٤ ، أسنى المطالب ١٨٦/٢ ، مغني المحتاج ١١٦/٣ .
 (٨) X ساقط من : (م) .
 (٩) وقد حكى هذا القول عن الإمام مالك - رحمه الله - : الماوردي في الحاوي الكبير (٣٣٧/٦) ، والعمراني في البيان (١٣١/٦) ، واختاره الروياني كما في روضة الطالبين

ودليلنا : أننا أجمعنا على^(١) أنه إذا لم يشترط^(٢) عليه رهناً، ليس له أن يطالبه بالرهن^(٣) ، فكذا وجب أن لا يطالبه بالكفيل^(٤) .

وما ادَّعى من الضرر فهو^(٥) الذي أضّرّ بنفسه ؛ حيث شرط أجلاً يمنع من^(٦) المطالبة ، ولم يشترط عليه كفيلاً ولا رهناً^(٧) . فأما إذا أراد أن يخرج إلى الجهاد^(٨) ، اختلف أصحابنا فيه على وجهين :

قال أبو إسحاق المروزي : ليس له أن يطالبه بالكفيل ، ولا يمنعه^(٩) من السفر^(١٠) . وعليه يدلُّ ما نقله المزمي (في آخر كتاب «التفليس»^(١١) .

(١٣٦/٤).

وانظر : جامع الأمهات، لابن الحاجب ص ٣٨٢، الذخيرة ١٧٢/٨، مواهب الجليل ٣٧/٥، شرح الخرشي ٢٦٣/٥ - ٢٦٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٦٢/٣، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٤٨/٣.

(١) X ساقط من : (م) .

(٢) X في (م) : يشترط .

(٣) X ساقط من : (ج) .

(٤) X في (م) : الكفيل .

(٥) X في (م) : هو .

(٦) X ساقط من : (م) .

(٧) انظر : الحاوي الكبير ٣٣٧/٦ - ٣٣٨، البيان ١٣٢/٦، أسنى المطالب ١٨٦/٢، مغني

المحتاج ١١٦/٣، تكملة المجموع، للمطيعي ٣٢١/١٢.

(٨) X في (ج) : الجهالة.

(٩) X في (م) : ولا منعه .

(١٠) وهذا الوجه الأول ، قال الإمام الشيرازي في المهذب (٣٢٠/١) : «والصحيح هو

الأوّل؛ لأنه لا حقَّ له عليه قبل محلِّ الدَّيْن، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف في نفسه

قبل المحلِّ، كما يجوز في الحضر أن يهرب، ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب، وإن قال: أقيم لي

ووجهه : أن الإنسان لا يموت قبل أجله ، وخوف الموت في سفر الجهاد وفي سائر الأسفار واحد .

ومن أصحابنا من قال : له أن يمنعه من السفر إلا بكفيل^(٢) ، وعليه يدل ما نقله المزني^(٣) في «السَّيَر» ؛ فإنه ذكر في «السَّيَر» : ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدِّين^(٤) ، ولم يُفصِّل بين الدِّين^(٥) الحالّ والمؤجِّل . ووجهه : أن

كفيلًا بالمال، لم يلزمه؛ لأنه لم يحلّ عليه الدِّين، فلم يملك المطالبة بالكفيل، كما لو لم يرد السفر».

وقال الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (١٣٦/٤) : «فلا منع على الأصح مطلقاً».

انظر : الحاوي الكبير ٣٣٨/٦، الوسيط ١٣/٤، البيان ١٣٢/٦، أسنى المطالب ١٨٦/٢، مغني المحتاج ١١٦/٣، تكملة المجموع، للمطيعي ٣٢٣/١٢ - ٣٢٤.

(١) قال الإمام المزني - رحمه الله - في مختصره (٢٠٣/٨) : «قال الشافعي : وإذا أراد الذي عليه الدِّين إلى أجل السفر، وأراد غريمه منعه لبُعْد سفره وقُرْب أجله، أو يأخذ منه كفيلًا به، مُنْع منه، وقيل له: حَقُّك حيث وضعته ورضيته».

قال الإمام الماوردي - رحمه الله - في الحاوي الكبير (٣٣٧/٦) تعليقاً على نصّ المزني: «وهذا صحيح».

(٢) وهذا الوجه الثاني ، قاله الاصطخري.

وفي وجه ثالث : إن لم يخلف وفاءً منعه.

وفي وجه رابع : إن كان المديون من المرتزقة لم يمنع الجهاد، وإلا منع.

انظر : الحاوي الكبير ٣٣٨/٦، المهذب ٣١٩/١، الوسيط ١٣/٤، البيان ١٣٢/٦، روضة الطالبين ١٣٦/٤.

(٣) ساقط من : (ج) .

(٤) انظر : مختصر المزني ٣٧٦/٨.

(٥) في (م) : دِّين .

الناس في العادة يعدُّون سفر الجهاد مخوِّفاً، وإن كان الأصل (أنه لا)^(١) يموت قبل^(٢) أجله ؛ لأنه يقدم باختياره^(٣) على ما هو سبب الهلاك والفوات^(٤).^(٥)

(١) X في (م) : أن لا .

(٢) X في (ج) : بعد .

(٣) X في (ج) : باختيار .

(٤) X ساقط من : (ج) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير ٣٣٨/٦، المهذب ٣١٩/١، الوسيط ١٣/٤، البيان ١٣٢/٦،

روضة الطالبين ١٣٦/٤، تكملة المجموع، للمطيعي ٣٢٤/١٢.

الباب الرابع

في كفالة البدن

ويشمل الباب على اثنتي عشرة مسألة :

- المسألة الأولى : حُكْم الكفالة بالبدن
- المسألة الثانية : إذا مات المكفول به فهل يَغْرُمُ الكفيل؟
- المسألة الثالثة : إذا تكفل ببدن إنسان بغير إذنه.
- المسألة الرابعة : الكفالة في العقوبة من حدٍّ أو قصاصٍ.
- المسألة الخامسة : الكفالة ببدن المُكَاتَب.
- المسألة السادسة : الكفالة بردِّ الأعيان المضمونة.
- المسألة السابعة : ضمان الأمانات.
- المسألة الثامنة : الكفالة بأرْش الجناية.
- المسألة التاسعة : الكفالة ببدن الشاهد.
- المسألة العاشرة : الكفالة ببدن الأجير المُعَيَّن.
- المسألة الحادية عشرة : الكفالة ببدن المرأة.
- المسألة الثانية عشرة : إذا ادَّعى الكفيل أن المكفول ببدنه برئ من الحقِّ.

الباب الرابع

في كفالة البدن^(١)

ويشمل الباب على (اثني عشرة)^(٢) مسألة:

[١١٩] [المسألة الأولى^(٣)] : [حُكْمُ الكِفَالَةِ بِالْبَدَنِ] :

[٢١/أ/ج]

إذا ادَّعى / على إنسان مالا ، فتكفَّلَ آخر ببدنه قبل أن يثبت عليه الحق، ليردّه / عليه (وقت إرادة)^(٤) محاكمته بإذنه ، نصَّ الشافعي رحمه الله ^(١) في

(١) في (م) : في كفالة النفس ، وتُسَمَّى -أيضاً- كفالة الوجه، ولعلَّ وَجْهَ التسمية بذلك: أنه كَتَّى بِالْوَجْهِ عن الذات، وقد سبق في صفحة (١٧٤) بيان معنى الضمان، وأنه يشترك مع الكفالة في معنى الإلتزام والتحمُّل، وجعل الشيء في الشيء، وكلُّها معانٍ مناسبة لمعناها الشرعي، غير أن العُرْفَ جارٍ بأن الضمين مستعملٌ في الأموال، والكفيل في النفوس. وعُرِفَت الكفالة بأنها : إلتزامُ إحضار المكفول إلى المكفول له؛ للحاجة إليها.

انظر: لسان العرب ٥٨٨/١١ وما بعدها، مختار الصحاح ص٢٣٩، القاموس المحيط ص١٣٦١، المغرب ص٤١٣، طلبية الطلبة ص١٣٩، المصباح المنير ص٥٣٦، أنيس الفقهاء ص٢٢٢-٢٢٤، تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٠٤، التوقيف ص٦٠٧، المطلع ص٢٤٩، النهاية في غريب الحديث والأثر ١٩٢/٤، الموسوعة الفقهية ٢٨٧/٣٤-٢٨٨، القاموس الفقهي ص٣٢١-٣٢٣، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١٤٨/٣-١٥٠، شرح الخطيب ومعه حاشية البجيرمي ١٢٣/٣، أسنى المطالب ٢٤١/٢، مغني المحتاج ٢٠٧/٣، نهاية المحتاج مع حاشية الشيرازي ٤٤٥/٤-٤٤٦.

(٢) في (ج) : ست عشرة . وهو خطأ، والصحيح ما أثبتته في المتن ، كما هو مثبت في النسخة (م) ، بناءً على عدد المسائل التي ذكرها المؤلف . رحمه الله . في النسختين.

(٣) في (م) : إحداها .

(٤) في (م) : متى أراد .

«اختلاف العراقيين»^(١) (٣) ، وفي^(٤) «الإقرار»: أن هذه الكفالة صحيحة.^(٥)

(٦)

وقال في كتاب «الدَّعوى»^(٧) والبيّنات: إن^(١) الكفالة بالبَدَن

(١) ساقط من: (م) .

(٢) اختلاف العراقيين: هو بفتح الياء الأولى وكسر النون، على لفظ التشنية، والمراد بهما: ابن أبي ليلى وأبو حنيفة -رحمهما الله-، وهذا كتاب من مؤلفات الإمام الشافعي -رحمه الله- ويعدُّ من كتبه الجديدة، وهو في نصف مجلد، وهو أحد كتب الأم، ومطبوع معه، وقد أورد فيه ما اختلف فيه أبو حنيفة وابن أبي ليلى من المسائل الفقهية مع أدلتها، ويختاره تارة ذاك، وتارة يضعفها ويختار ثالثاً، وذكر أحياناً ما اختار أبو يوسف من آرائهما، وقد يذكر آراء فقهاء أهل البصرة، أو أهل المشرق، دون أن يذكر أسماءهم.

انظر: الأم، للشافعي، تحقيق د/ محمود مطرجي، الفهرست ص ٢٩٥، المجموع ٣١٦/٥، تهذيب الأسماء ٥٥٤/٢، ١٩٨/٣، كشف الظنون ١٣٩١/٢، المذهب الشافعي، نشأته، أطواره، مؤلفاته، خصائصه، رسالة دكتوراه ل: محمد معين دين الله بصري ص ٢٧٩-٢٨٠.

(٣) قال الإمام الشافعي -رحمه الله- في الأم (٢٣٥/٣): «وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلاً بنفسه، ثم أخذ منه كفيلاً آخر بنفسه ولم يبرأ الأول، فكلاهما كفيلاً بنفسه». وانظر: مختصر المزني ٢٠٦/٨.

(٤) في (ج): و .

(٥) قال الإمام الشافعي -رحمه الله- في الإقرار والمواهب في الأم (٢٤٢/٦): «ولو كفّل له بما لزم رجلاً في جرح، وقد عرف الجرح، والجرح عَمْدٌ، فقال: أنا كافّلٌ لك بما لزمه فيه من دية أو قصاص، أراد المجروح القصاص، فالكفالة باطلة، لا يجوز أن يقتصر من المتكفل، وإن أراد -أي المجروح- أرض الجراح فهو له، والكفالة لازمة؛ لأنها كفالة بمال». وانظر: مختصر المزني ٢١٣/٨.

(٦) قال الإمام الماوردي -رحمه الله- في الحاوي الكبير (٤٦٢/٦): «فقد نصّ الشافعي في ثلاثة كتب على جوازها، نصّ عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وفي كتاب الإقرار والمواهب، وفي كتاب الدَّعوى والبيّنات بعد أن نصّ على جوازها...».

(٧) في (ج): الدَّعوى .

ضعيفة. (٢)

واختلف أصحابنا في المسألة ، فمنهم من قال: الكفالة بالبدن (٣)
 صحيحة قولاً واحداً (٤) . وأراد (٥) بقوله: ضعيفة (٦) (٧) ؛ أنها ضعيفة في (٨) القياس
 ، ولكن العقد صحيح؛ لإجماع (٩) الناس عليه من عهد الصحابة إلى يومنا هذا

(١) ساقط من : (م) .

(٢) قال الإمام الشافعي - رحمه الله - في كتاب الدعوى والبيّنات في الأم (٢٤٧/٦): «وإذا ادّعى رجل على رجل كفالة بنفس أو مال، فجدد الآخر، فإن على المدّعي الكفالة البيّنة، ... إلى أن قال: غير أن الكفالة بالنفس ضعيفة».

وانظر : مختصر المزني ٤٢٣/٨، الإبانة (م/١٤٥/ب).

(٣) ساقط من : (م) .

(٤) وهذه الطريقة الأولى، وهي طريقة أبي العباس بن سريج وطائفة من متقدمي الأصحاب، فإنهم يقولون: الكفالة بالنفوس جائزة في الأموال قولاً واحداً، وفي الحدود على قولين: أحدهما: جائزة كالأموال، والثاني: باطلة.

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٣/٦، الإبانة (م/١٤٥/ب)، المذهب ٣٤٢/١، التنبيه ص ١٠٦، الشامل (ج ١٩٤/٣)، بحر المذهب ١٠٥/٨، حلية العلماء ٦٨/٥، التهذيب ١٨٧/٤، البيان ٣٤٢/٦، فتح العزيز ٣٧٢/١٠ - ٣٧٣، روضة الطالبين ٢٥٣/٤، المطلب العالي (ج ١٠/١٦٣/أ-ب)، عجلة المحتاج ٨٢٠/٢، النجم الوهاج ٤٩٦/٤.

(٥) في (م) : فأراد .

(٦) ساقط من : (م) .

(٧) أي : الإمام الشافعي - رحمه الله - .

وانظر : الأم ٢٤٧/٦، مختصر المزني ٤٢٣/٨.

(٨) ساقط من : (ج) .

(٩) في (ج) : لاجتماع .

(١).

ومن أصحابنا (من قال)^(٢) : المسألة على قولين :^(٣)أحدهما : أنها^(٤) صحيحة ، وبه قال عامة الفقهاء .^(٥)

(١) قال الإمام أبو المحاسن الروياني - رحمه الله - في بحر المذهب (١٠٥/٨) : «والطريقة

الثانية: أن المسألة على قول واحد أنها تجوز؛ لأن الشافعي قطع بجوازها في كتب، وفرع عليه، وقوله: أنها ضعيفة، ليس بقول ثاني، وإنما أراد أنها ضعيفة من حيث القياس، ولكننا أجزناها لأخبار وإجماع الناس عليها».

قال الإمام البغوي - رحمه الله - في التهذيب (١٨٧/٤) : «أما من جهة الآثار وعمل أهل العلم بها، فهي قوية».

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٣/٦، الإبانة (م/١٤٥/ب)، المذهب ٣٤٢/١، الشامل (ج/٣/١٩٤/أ)، حلية العلماء ٦٨/٥، البيان ٣٤٢/٦ - ٣٤٣، فتح العزيز ٣٧٣/١٠، المطلب العالي (ج/١٠/١٦٣/ب)، عجالة المحتاج ٨٢٠/٢، النجم الوهاج ٤٩٦/٤، مغني المحتاج ٢٠٧/٣.

(٢) ساقط من : (ج) .

(٣) وهذه الطريقة الثانية، وهي الطريقة الأشهر، وهي اختيار أكثر الأصحاب، كالمرزبي، وأبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة، وأبي حامد المروزي.

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٢/٦، المذهب ٣٤٢/١، الشامل (ج/٣/١٩٤/أ)، بحر المذهب ١٠٥/٨، حلية العلماء ٦٨/٥، التهذيب ١٨٧/٤، البيان ٣٤٣/٦، فتح العزيز ٣٧٣ - ٣٧٢/١٠، روضة الطالبين ٢٥٣/٤، عجالة المحتاج ٨٢٠/٢، النجم الوهاج ٤٩٦/٤.

(٤) ساقط من : (م) .

(٥) وهو المشهور والأظهر والأصح، وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبيه، ومالك وأحمد، والفقهاء السبعة بالمدينة، وهو قول : شريح والشعي والليث بن سعد، وعبيد الله بن الحسن.

قال الإمام الغزالي - رحمه الله - في الوسيط (٢٣٩/٣) : «والصحيح الذي عليه الفتوى: صحته، وعليه جرى الصحابة والسلف».

(والأصل فيه)^(١): قوله تعالى : ﴿ .. ﴾

وأن النفس يلزم^(٢) تسليمها بالعقد ؛ فإن المرأة (يلزمها تسليم)^(٣) نفسها إلى

==

انظر : الجامع الصغير، لمحمد بن الحسن ص ٣٩٦، تبين الحقائق ومعه حاشية الشلبي
١٤٧/٤، بدائع الصنائع ٨/٦، الهداية والعناية وفتح القدير ١٦٤/٧ - ١٦٥، الإختيار
١٦٧/٢، مجمع الأنهر ١٢٤/٢ - ١٢٥، الفتاوى الهندية ٢٥٨/٣.

المدونة الكبرى ٩٦/٤ - ٧٩، اختلاف الفقهاء، للطبري ص ٢٠٨، الكافي، لابن عبد البر
ص ٣٩٨، بداية المجتهد ٢٢١/٢، القوانين الفقهية ص ٢١٤، مواهب الجليل ١٠٤/٥،
١١٢، شرح الخرشي ومعه حاشية العدوي ٣٤/٦، حاشية الدسوقي ومعه الشرح الكبير
٣٤٤/٣، الحاوي الكبير ٤٦٢/٦، المهذب ٣٤٢/١، الشامل (ج ٣/ل ١٩٤/أ)، بحر
المذهب ١٠٥/٨، حلية العلماء ٦٨/٥، التهذيب ١٨٧/٤، البيان ٣٤٣/٦، فتح العزيز
٣٧٣/١٠، روضة الطالبين ٢٥٣/٤، مغني المحتاج ٢٠٧/٣ - ٢٠٨، نهاية المحتاج ومعه
حاشية الشبراملسي والشرواني ٤٤٥/٤ - ٤٤٦.

المغني، لابن قدامة ٩٦/٧ - ٩٧، المقنع ٦١/١٣، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة
٦١/١٣، الإنصاف ٦١/١٣ - ٦٢، الفروع ٢٤٦/٤، كشاف القناع ٣٧٤/٣ - ٣٧٥،
الروض المربع ١٨٦/٢ - ١٨٧، مطالب أولي النهي ٣١٣/٣.

في (م) : ووجهه .

(١) X

سورة يوسف، جزء من الآية (٦٦)، وتامها ﴿ .. ﴾

(٢)

وأن النفس يلزم تسليمها بالعقد ؛ فإن المرأة (يلزمها تسليم) نفسها إلى

وأن النفس يلزم تسليمها بالعقد ؛ فإن المرأة (يلزمها تسليم) نفسها إلى

﴿ .. ﴾

قال الإمام الماوردي - رحمه الله - في الحاوي الكبير (٤٦٢/٦): «والمؤثَّق: الكفيل، فامتنع
يعقوب من إرسال ولده مع إخوته إلا بكفيل يكفل به».

(٣)

وانظر : أسنى المطالب ٢٤١/٢، مغني المحتاج ٢٠٧/٣، حاشية الباجوري على ابن قاسم
الغزي ٣٨٣/١.

في (م) : يلتزم .

(٤) X

الزوج ، والأجير يلزمه^(٢) تسليم نفسه إلى المستأجر ، فجاز (أن تلزم الكفالة
(٣) كالأموال .^(٤)

والقول الثاني : لا يصح^(٥) ؛ لأن الشرط في الكفالة أن يلزم^(٦) الكفيل^(٧)
ما وجب على المكفول عنه كما في المال ، والواجب^(٨) على المضمون عنه أداء
الدَّيْن ، (والمتكفل يلتزم أداء الدَّيْن)^(٩) ، فنزل^(١٠) منزلته . وهاهنا ليس (

- (١) X في (ج) : يلزم بتسلمها .
(٢) X في (م) : يلزم .
(٣) X في (م) : أن يلتزم بالكفالة .
(٤) انظر : الحاوي الكبير ٤/٦٦٢ ، الشامل (ج ٣/ل ١٩٤/أ) ، بحر المذهب ٨/١٠٥ ،
التهذيب ٤/١٨٧ ، النجم الوهاج ٤/٤٩٦ ، حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٢٤١ .
(٥) وبه قال : داود وابن حزم من الظاهرية ، قال الإمام أبو المحاسن الروياني - رحمه الله - في بحر
المذهب (٨/١٠٥) : « لا يجوز - أي : الكفالة بالبدن - وهو القياس ؛ لأن كل مضمون إذا
هلك كان على الضامن قيمته ، وهاهنا لا مال عليه إذا هلك المكفول به ، ولا إذا تعدَّر
عليه تسليمه ، فوجب أن لا يكون مضموناً عليه » .
وانظر : اختلاف الفقهاء ص ٢١٠ ، القوانين الفقهية ص ٢١٤ ، بداية المجتهد ٢/٢٢١ ،
الحاوي الكبير ٦/٤٦٣ ، المهذب ١/٣٤٢ ، الشامل (ج ٣/ل ١٩٤/أ) ، التهذيب ٤/١٨٧ ،
البيان ٦/٣٤٣ ، فتح العزيز ١٠/٣٧٣ ، عجالة المحتاج ٢/٨٢٠ ، النجم الوهاج ٤/٤٩٦ ،
مغني المحتاج ٣/٢٠٧ ، المحلى ، لابن حزم ٦/٤٠٧ - ٤٠٨ .

- (٦) X في (م) : يلتزم .
(٧) X ساقط من : (ج) .
(٨) X في (م) : فإن الواجب .
(٩) X ساقط من : (م) .
(١٠) X في (م) : فينزل .

يتكفل بما (١) عليه (ولا ينزل) (٢) منزلته ؛ لأن (٣) المستحق عليه حضور مجلس
مجلس الحكم ، والكفيل لم يلتزم الحضور ، وإنما (٤) التزم إحضاره مجلس الحكم (٥)
الحكم (٥) . والآخر أن الشرط في الكفالة أن يتحمل (٦) عن واحد ما توجه عليه
عليه لآخر ، وفي هذه المسألة الأمر بخلاف ذلك ؛ لأن جعل رسول (٧)
الحاكم (٨) المبعوث في إحضار الخصم على المدعي ، وإذا (٩) تكفل إنسان
فيكون في التحقيق كأنه التزم ما يلزمه من (١٠) الموت في إحضاره ، فيصير كفالة
عنه ما يلزمه من الموت لأجله ، ولا (١١) يجوز أن يتكفل من الإنسان (ما له
عليه (١٢) . (١٣)

(١)× في (ج) : يكفل ما .

(٢)× في (م) : فلا ينزل .

(٣)× في (م) : ولأن .

(٤)× في (م) : إنما ، بإسقاط حرف العطف .

(٥) انظر: الحاوي الكبير ٤٦٣/٦ ، المهذب ٣٤٢/١ ، التهذيب ١٨٧/٤ ، البيان ٣٤٣/٦ .

(٦)× في (ج) : يحمل .

(٧)× في (ج) : الرسول .

(٨)× ساقط من : (ج) .

(٩)× في (م) : فإذا .

(١٠)× في (م) : في .

(١١)× في (م) : فلا .

(١٢)× في (م) : ما عليه له .

(١٣) واستدلوا أيضاً-: بقوله تعالى: ﴿...﴾

==

﴿...﴾

فروع^(١) :

وعلى^(٢) قولنا : تصح الكفالة ، عشرون فرعاً :

[١٢٠] [الفرع] الأول^(٣) : [إذا أطلق أو قيّد الكفالة] :

- [م/٢٣] إذا أطلق الكفالة / كان له مطالبته بإحضاره في الوقت ؛ لأن الإطلاق في العقود محمول على الحلول ؛ ولهذا / إذا أطلق الثمن في البيع ، أو المهر في النكاح ، طُولِبَ به في الوقت^(٤) ، فإن^(٥) قيّد الكفالة بالحلول كان تأكيداً ،)

سورة يوسف، آية: (٧٩). فكان قول : معاذ الله، إنكاراً للكفالة أن تجوز حين سألته إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلاً ممن وجد متاعه عنده؛ ولأن ما لا يضمن باليد، لا يضمن بالعقد، كالميتة والخمر.

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٣/٦، بحر المذهب ١٠٥/٨، البيان ٣٤٣/٦، النجم الوهاج ٤٩٦/٤ - ٤٩٧.

(١) X ساقط من : (ج) .

(٢) X في (م) : على .

(٣) X في (م) : أحدها .

(٤) فالمذهب : أنها تصح، ويجب التسليم في مكان الكفالة، وقيل: هو كما لو أطلق السّلم. قال الإمام أبو المحاسن الروياني - رحمه الله - في بحر المذهب (١٠٨/٨): «فإن كان مطلقة : كانت حالة، وكان له المطالبة به متى شاء، ولزمه تسليمه في موضع الكفالة».

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦، المذهب ٣٤٣/١، الشامل (ج ٣/١٩٤ ل-أ-ب)، التهذيب ١٩٠/٤، البيان ٣٤٧/٦، فتح العزيز ٣٧٦/١٠، روضة الطالبين ٢٥٦/٤، النجم الوهاج ٤٩٩/٤، إخلاص النواي ٢٣٥/٢.

(٥) X في (ج) : وإن .